

Das missachtete Verfassungsgebot - Wie das Sonderungsverbot nach Art. 7 IV 3 GG unterlaufen wird

Wrase, Michael; Helbig, Marcel

Postprint / Postprint

Zeitschriftenartikel / journal article

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:

Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB)

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Wrase, M., & Helbig, M. (2016). Das missachtete Verfassungsgebot - Wie das Sonderungsverbot nach Art. 7 IV 3 GG unterlaufen wird. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 35(22), 1591-1598. <https://hdl.handle.net/10419/176892>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

Terms of use:

This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

Wrase, Michael; Helbig, Marcel

Article — Accepted Manuscript (Postprint)

Das missachtete Verfassungsgebot - Wie das Sonderungsverbot nach Art. 7 IV 3 GG unterlaufen wird

NVwZ - Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

Provided in Cooperation with:
WZB Berlin Social Science Center

Suggested Citation: Wrase, Michael; Helbig, Marcel (2016) : Das missachtete Verfassungsgebot - Wie das Sonderungsverbot nach Art. 7 IV 3 GG unterlaufen wird, NVwZ - Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, ISSN 0721-880X, Beck, München, Vol. 35, Iss. 22, pp. 1591-1598

This Version is available at:
<http://hdl.handle.net/10419/176892>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Das missachtete Verfassungsgebot – Wie das Sonderungsverbot nach Art. 7 IV 3 GG unterlaufen wird

Professor Dr. Michael Wrase und Professor Dr. Marcel Helbig*

** Der Autor Wrase ist Professor für Öffentliches Recht mit den Schwerpunkten Sozial- und
Bildungsrecht an der Stiftung Universität Hildesheim und Mitarbeiter am
Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB), der Autor Helbig ist
S-Professor für Bildung und soziale Ungleichheit an der Universität Erfurt und am WZB.*

Die Privatschulfreiheit ist in Deutschland in Art. 7 IV GG verfassungsrechtlich gewährleistet. Allerdings dürfen private Schulen als Ersatz für staatliche Schulen nach Art. 7 IV 3 GG nur genehmigt werden, wenn „eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird“. Diese Genehmigungsvoraussetzung ist nach der Rechtsprechung des BVerfG strikt und muss fortlaufend eingehalten werden. In der Gesetzgebung der Länder und der behördlichen Genehmigungs- und Aufsichtspraxis wird den Vorgaben des Sonderungsverbots jedoch weitgehend nicht entsprochen. So kommt es zu einer sozialen Segregation der Schüler an den Privatschulen, die das Verfassungsgebot aushöhlt.

I. Die Privatschulfreiheit nach dem Grundgesetz

Nach Art. 7 IV 1 GG wird das Recht zur Errichtung von privaten Schulen gewährleistet. Die Privatschulfreiheit enthält damit in Deutschland die Absage an ein staatliches Schulmonopol.¹ Das Grundgesetz eröffnet vielmehr einen Spielraum für private Initiative und Engagement im Schulbereich, der eine Vielfalt von Erziehungszielen fördert.² Allerdings lässt das Grundgesetz Schulen in „freier“, dh nicht-staatlicher Trägerschaft nicht uneingeschränkt zu. Wenn private Schulen das staatliche Bildungsangebot nicht nur ergänzen (Ergänzungsschulen), sondern ihrem Zweck nach als Ersatz für eine öffentliche Schule dienen (Ersatzschulen),³ stehen sie nach Art. 7 IV 2 GG unter einem Genehmigungsvorbehalt. Das verfassungsrechtlich verankerte *präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt* soll sicherstellen, dass nur solche Ersatzschulen betrieben werden, die den in Art. 7 IV 3 und 4 GG genannten Vorgaben entsprechen. Danach ist die Genehmigung (nur) zu erteilen, wenn „die privaten Schulen in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen und eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird. Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte nicht genügend gesichert ist.“

Die genannten Genehmigungsvoraussetzungen sind abschließend⁴ und zwingend; Ausnahmen oder Dispense sind nicht vorgesehen.⁵ Auch müssen die in Art. 7 IV 3 und 4 GG genannten Voraussetzungen fortlaufend erfüllt sein und unterliegen der staatlichen Aufsicht. Im Fall der dauerhaften Nichterfüllung ist die einmal erteilte Genehmigung zurückzunehmen bzw. nach dem § 49 II VwVfG entsprechenden Landesrecht zu widerrufen.⁶

Art. 7 IV 3 und 4 GG stellen damit hohe Anforderungen an die Genehmigung und den Betrieb privater Ersatzschulen. Den Vätern und Müttern des Grundgesetzes ging es dabei nicht allein um den „Schutz der Allgemeinheit vor unzureichenden Bildungseinrichtungen“. ⁷ Vor allem das Verbot der Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern in Art. 7 IV 3 GG (Sonderungsverbot) soll sicherstellen, dass die Ersatzschule Schülerinnen und Schülern aus allen sozialen Schichten offensteht. Innerhalb dieser Vorgabe dürfen sich die Ersatzschulen ihre Schülerinnen und Schüler weitgehend frei auswählen. Dem Verfassungsgeber standen dabei erkennbar die konfessionellen Schulen sowie pädagogische Reformschulen vor Augen. Private Ersatzschulen von Besserverdienenden wie Standes- oder Eliteschulen sollten dagegen strikt unterbunden bleiben.⁸

¹ BVerfGE 27, 195 (202) = NJW 1970, 275; BVerfGE 75, 40 (61) = NJW 1987, 2359 = NVwZ 1987, 881 Ls.; BVerfGE 90, 107 (114) = NVwZ 1994, 886 = NJW 1994, 2820 Ls.

² Vgl. Wißmann in Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), BK-GG, Art. 7 – III Rn. 189 (Mai 2015); Thiel in Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2014, Art. 7 Rn. 61.

³ Ersatzschulen haben die Besonderheit, dass an ihnen die Schulpflicht erfüllt wird, dh dass die Schüler die private an Stelle einer staatlichen Schule besuchen (und nicht nur ergänzend in Form von Wochenend- oder Nachmittagsunterricht).

⁴ Sind die Voraussetzungen erfüllt, besteht ein Rechtsanspruch auf Genehmigung; statt vieler: Brosius-Gersdorf in Dreier (Hrsg.), GG I, 3. Aufl. 2013, Rn. 119 mwN.

⁵ Vgl. BVerfGE 75, 40 (64) = NJW 1987, 2359 = NVwZ 1987, 881 Ls.

⁶ So unmissverständlich BVerfGE 75, 40 (64) = NJW 1987, 2359 = NVwZ 1987, 881 Ls.; BVerfGE 88, 40 (55) = NVwZ 1993, 666 = NJW 1993, 2599 Ls.: „strikte Beachtung von Art. 7 IV 3 GG“.

⁷ BVerfGE 27, 195 (203) = NJW 1970, 275.

⁸ Vgl. BVerfGE 75, 40 (63, 65) = NJW 1987, 2359 = NVwZ 1987, 881 Ls.; BVerfGE 88, 40 (55) = NVwZ 1993, 666 = NJW 1993, 2599 Ls.

Im Umkehrschluss hat das *BVerfG* aus den strengen Vorgaben des Art. 7 IV 3 GG in seiner grundlegenden Entscheidung zur Privatschulfinanzierung im Jahr 1987 einen Schutz- und Förderanspruch der Privatschulen gegen den Staat abgeleitet.⁹ Private Schulträger seien bei dem bestehenden hohen Kostenniveau heute nicht mehr in der Lage, aus eigener Kraft sämtliche in Art. 7 IV 3 und 4 GG aufgeführten Genehmigungsvoraussetzungen auf Dauer zu erfüllen. Die Möglichkeit einer Selbstfinanzierung sei den privaten Ersatzschulen von Verfassung wegen genommen, weil durch die Erhebung kostendeckender Schulgelder eine Sonderung der Schulkinder nach den Einkommens- und Vermögensverhältnissen der Eltern gefördert würde.¹⁰ Daher hätten die privaten Ersatzschulen grundsätzlich einen Anspruch auf staatliche Unterstützung und Förderung, der von den Landesgesetzgebern weiter zu konkretisieren ist. Ein verfassungsrechtlich abgesicherter Anspruch soll jedoch nur bestehen, soweit das Existenzminimum der privaten Schulen tangiert ist und „andernfalls der Bestand des Ersatzschulwesens als Institution ... gefährdet“ wäre.¹¹ In seiner späteren Rechtsprechung hat das *BVerfG* dementsprechend landesgesetzliche Einschränkungen des Förderanspruchs durch Wartefristen oder Landeskinderklauseln als zulässig angesehen.¹²

In den vergangenen Jahren wurden die gesetzlichen Förderansprüche der privaten Ersatzschulen – vor allem in den ostdeutschen Bundesländern – teilweise deutlich beschnitten. Erklärtes Ziel der Landesregierungen war (und ist) es dabei, die weitere Zunahme von privaten Schulen zum Nachteil des staatlichen Schulwesens zu verhindern.¹³ Dieses Ziel konnte allerdings nicht erreicht werden. Im Gegenteil, die Zahl der privaten Ersatzschulen in Gesamtdeutschland hat seit 1992 um über 80 Prozent zugenommen. Heute besucht jedes elfte schulpflichtige Kind in Deutschland eine private Schule.¹⁴ Neben den konfessionellen Schulträgern, die nach der Wiedervereinigung vor allem in den neuen Bundesländern an Bedeutung gewonnen haben, und den reformpädagogischen Schulen wie Waldorf- und Montessori-Schulen, sind dabei zunehmend auch Schulen vertreten, die ihr spezifisches Angebot in einer bilingualen und internationalen Ausrichtung sehen und damit eine besondere Klientel von Eltern ansprechen.

Im Folgenden zeigen wir zunächst die Vorgaben des Sonderungsverbots in Art. 7 IV 3 GG auf, wie sie in der Rechtsprechung und Literatur konkretisiert wurden (II.), bevor wir uns der Umsetzung im jeweiligen Landesrecht (III.) und der Verwaltungspraxis (IV.) zuwenden. Anschließend befassen wir uns von der empirischen Seite den Befunden zur sozialen Selektivität der Privatschulen (V.), vor deren Hintergrund wir Feststellungen zur faktischen Missachtung des Sonderungsverbots treffen können (VI.).

II. Das Sonderungsverbot nach Art. 7 IV 3 GG und seine Konkretisierung durch die Rechtsprechung

Das Sonderungsverbot hat in der verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung besonders durch seine Verknüpfung mit dem staatlichen Förderanspruch der Ersatzschulen Bedeutung erlangt. Das *BVerfG* hat dazu in seiner Entscheidung 1987 richtungsweisende Ausführungen gemacht. Da es dem Sonderungsverbot um die Verhinderung von Standesschulen geht, reicht es danach nicht aus, wenn die Schulträger in Ausnahmefällen für besonders begabte oder besonders arme Kinder Schulgeldstipendien gewähren.¹⁵ Entscheidend soll es vielmehr auf den Vergleich mit dem öffentlichen Schulwesen ankommen:

„Die Privatschule muss allgemein zugänglich sein, zwar nicht in dem Sinn, dass sie wie die öffentliche Schule jeden Schüler bei der Erfüllung allgemeiner Voraussetzungen aufnehmen muss, wohl aber in dem Sinne, dass sie grundsätzlich ohne Rücksicht auf deren Wirtschaftslage besucht werden kann. So wurde bereits der insoweit mit dieser Vorschrift übereinstimmende Art 147 WRV verstanden.“¹⁶

In seinem Beschluss zur Waldorfschule in Bayern hat das *BVerfG* im Jahr 1994 festgestellt, dass ein Schulgeldbeitrag in der Größenordnung von 170–190 DM „nicht von allen Eltern gezahlt werden“ könne.¹⁷ Unter Beachtung der Inflation und Preissteigerung wäre dies heute, dh im Jahr 2016, ein allgemeiner Betrag von 120–135 Euro, der vom *BVerfG* ohne weitere Staffelung und/oder Ermäßigungstatbestände als jedenfalls überhöht angesehen wurde.

Im Anschluss an die verfassungsgerichtlichen Vorgaben hat sich eine ganze Reihe von verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen mit der Frage des mit Art. 7 IV 3 GG (noch) vereinbaren Schulgeldes befasst. Hatte der *VGH Mannheim* in einem Urteil 2005 ein monatliches Schulgeld von 120 Euro, gestaffelt „nach den Einkommensverhältnissen und anderen Gesichtspunkten“, noch für verfassungsrechtlich unbedenklich gehalten,¹⁸ gelangte derselbe 9. Senat des *VGH* 2010 zu dem Schluss, dass die Erhebung eines allgemeinen Schulgeldes in Höhe von bereits etwa 90 Euro monatlich nicht mehr mit dem Sonderungsverbot vereinbar sei.¹⁹ Diese Entscheidung wiederum hat das *BVerwG* mit der Begründung aufgehoben, dass ein höheres durchschnittliches Schulgeld als verfassungsgemäß anzusehen sein könne, soweit dieses nach den Einkommensverhältnissen der Eltern gestaffelt erhoben wird.²⁰ In Anwendung der vom *BVerwG* entwickelten Grundsätze stellte der *VGH* dann fest, dass ein Schulgeld in durchschnittlicher Höhe von 120 Euro monatlich bei einer nach Einkommen gestaffelten Erhebung mit dem Sonderungsverbot vereinbar sei.²¹ Das *VG Stuttgart* hat auf dieser Grundlage im Jahr 2010 als oberste Grenze des durchschnittlich zu vereinnahmenden Schulgeldes 150 Euro pro Monat und Kind ermittelt.²² Unter Beachtung der Preissteigerung wäre dies 2016 ein Beitrag von etwa 160 Euro, der als Schulgeld im Durchschnitt aller einkommensabhängig zahlenden Eltern maximal erhoben werden dürfte.²³

⁹ BVerfGE 75, 40 (62 f.) = NJW 1987, 2359 = NVwZ 1987, 881 Ls.; BVerfGE 90, 107 (115) = NVwZ 1994, 886 = NJW 1994, 2820 Ls.; dazu Badura in Maunz/Dürig, GG, Art. 7 Rn. 130 ff. (Mai 2015).

¹⁰ BVerfGE 75, 40 (63) = NJW 1987, 2359 = NVwZ 1987, 881 Ls.

¹¹ BVerfGE 75, 40 (67) = NJW 1987, 2359 = NVwZ 1987, 881 Ls.; stRspr, vgl. auch BVerfGE 112, 74 (84) = NVwZ 2005, 923.

¹² BVerfGE 90, 107 (117 ff.) = NVwZ 1994, 886 = NJW 1994, 2820 Ls. – Wartefristen; BVerfGE 112, 74 (85 ff.) = NVwZ 2005, 923 – Landeskinderklausel.

¹³ Vgl. Vogel, DÖV 2011, 661; Schwabenbauer, DÖV 2011, 672; Pecker, LKV 2013, 486.

¹⁴ Destatis (Hrsg.), Fachserie 11 Reihe 1.1 – Bildung und Kultur. Private Schulen, Schuljahr 2014/2015, Wiesbaden 2015, 9.

¹⁵ BVerfGE 75, 40 (63) = NJW 1987, 2359 = NVwZ 1987, 881 Ls.; BVerfGE 90, 107 (119) = NVwZ 1994, 886 = NJW 1994, 2820 Ls.

¹⁶ BVerfGE 75, 40 (63 f.) = NJW 1987, 2359 = NVwZ 1987, 881 Ls.

¹⁷ BVerfGE 90, 107 (119) = NVwZ 1994, 886 = NJW 1994, 2820 Ls.

¹⁸ VGH Mannheim, Ur. v. 19.7.2005 – 9 S 47/03, BeckRS 2005, 29064; dazu v. Pollern, DÖV 2011, 680 (682).

¹⁹ VGH Mannheim, Ur. v. 14.7.2010 – 9 S 2207/09, BeckRS 2010, 50833.

²⁰ BVerwG, Ur. v. 21.12.2011 – 6 C 18/10, BeckRS 2012, 46370 Rn. 29 ff.

²¹ VGH Mannheim, Ur. v. 11.4.2013 – 9 S 233/12, BeckRS 2013, 50630.

²² VG Stuttgart, Ur. v. 2.2.2010 – 13 K 3238/09, BeckRS 2010, 47313 Rn. 22 ff.; vgl. auch Rux/Niehues, Schulrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 1175.

²³ Ähnlich auch OVG Bautzen, Ur. v. 2.3.2011 – 2 A 47/09, BeckRS 2011, 49425, unter 2. c aa.

Diese unmittelbar an den Vorgaben des *BVerfG* entwickelte Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte kann als konsolidiert angesehen werden. Sie ist auch der Sache nach gut vertretbar, da sie sich am durchschnittlichen Haushaltseinkommen orientiert.²⁴ Maßstab ist dabei das durchschnittlich verfügbare monatliche Nettohaushaltseinkommen, das nach Abzug der Subsistenzkosten heute in Deutschland bei etwa 1600 Euro liegt.²⁵ Der statisch durchschnittlich verdienende Haushalt darf danach mit Beiträgen von höchstens 160 Euro monatlich – sprich 10 Prozent des verfügbaren Nettoeinkommens – pro Kind belastet werden. Regionale Unterschiede in der Einkommensverteilung können, soweit sie (wie etwa zwischen Ost- und Westdeutschland) valide ermittelbar sind, eine Anpassung dieses Betrags rechtfertigen. Die Erhebung des Schulgeldes setzt eine entsprechende Einkommensstaffelung ‚nach unten‘ bzw. Ermäßigungen und Befreiung für geringer verdienende Eltern sowie für Eltern mit mehreren Kindern zwingend voraus.²⁶ Eine absolute Grenze nach ‚oben‘ ist nicht erforderlich. Tatsächlich kommt dem Schulträger bei der Festlegung ein Spielraum zu, der von den Behörden und Gerichten allerdings auf die Einhaltung der genannten Kriterien (dh Orientierung am Durchschnittsbetrag, sozial verträgliche Staffelung, Befreiungen für Geringverdiener und Hilfeempfänger nach SGB II/XII und Familien mit mehreren Kindern und besonderen Belastungen) überprüft werden kann und muss.²⁷ Dabei ist nicht nur das Schulgeld, sondern die Gesamtheit aller von den Eltern zu leistenden Beiträge zu berücksichtigen, wie etwa zusätzliche Vereins- und Förderbeiträge, Sonderkosten für obligatorische Mittags- oder Nachmittagsbetreuung oder einzelne schulische Angebote.²⁸

Mit Recht wird in diesem Zusammenhang hervorgehoben, dass ein Vergleich mit der Gesamtbevölkerung notwendig ist. So stellt der *VGH Mannheim* fest:

„Entscheidend für die mögliche Staffelung von Schulgeld ist ... nicht die konkrete Zusammensetzung der Ersatzschule oder des jeweiligen Ersatzschultyps, sondern diejenige der Gesamtgesellschaft. Denn mit Blick auf das Sonderungsverbot muss davon ausgegangen werden, dass die soziale Zusammensetzung der Ersatzschule in ihrer Relation der sozialen Zusammensetzung der Gesamtgesellschaft entspricht.“²⁹

Sowohl in der Verwaltungspraxis als auch in der Rechtsprechung wird dabei weitgehend übersehen, dass dem Sonderungsverbot nicht bereits durch eine sozial verträgliche Gestaltung der Schulgelder Rechnung getragen ist. Denn Art. 7 IV 3 GG knüpft nicht an die Höhe des Schulgeldes (es heißt dort ja gerade nicht: „wenn *durch die Erhebung des Schulgeldes* eine Sonderung der Schüler ... nicht gefördert wird“) an, sondern an die *Zulassung* der Schule als Ersatzschule und an deren *Betrieb*, also an die tatsächliche Aufnahmepraxis! Insoweit wird das Recht der privaten Ersatzschulen auf freie Auswahl ihrer Schülerinnen und Schüler durch das Sonderungsverbot beschränkt.³⁰ Denn eine Sonderung der Schüler nach den Einkommens- und Vermögensverhältnissen der Eltern ist ja keineswegs nur durch ein zu hohes Schulgeld zu befürchten. Von wohlhabenden Eltern profitieren private Schulen in vielfältiger Weise, etwa durch Spenden, regelmäßige freiwillige Förderbeiträge und sonstiges materielles Engagement.³¹ Gerade bei einer dem Sonderungsverbot entsprechenden Einkommensstaffelung der Schulgelder besteht die Gefahr, dass die Schulen Kinder von Eltern mit hohem Einkommen faktisch bevorzugen, da sie so höhere Einnahmen für den laufenden Betrieb erzielen. Das ist aus Sicht der Privatschulträger sogar ökonomisch höchst rational. Darüber hinaus ist in der Bildungsforschung der Zusammenhang zwischen Einkommen, beruflicher Stellung und Bildungsniveau der Eltern sowie ihrem Engagement für die Bildungsbelange ihrer Kinder hinreichend belegt.³² Die „engagierten“ Eltern, auf die private Schulen maßgeblich angewiesen sind, sind eben im Regelfall auch die besser verdienenden. Genau das hat auch das *BVerfG* erkannt und gefordert, entsprechenden Tendenzen zur Sonderung „durch eine strikte Beachtung von Art. 7 IV 3 GG entgegenzuwirken“. ³³ Hier sind nun also die zuständigen Behörden im Rahmen ihrer Aufsichtspflicht³⁴ gefordert, regelmäßig zu überprüfen, ob durch die Aufnahmepraxis der jeweiligen Ersatzschule eine Sonderung der Schüler im Vergleich zur sozialen Zusammensetzung der im Einzugsbereich der Schule liegenden Bevölkerung mit schulpflichtigen Kindern signifikant gefördert wird. Ob dabei auch der Schultyp berücksichtigt werden muss, ist in der Rechtsprechung bislang nicht geklärt. Eine formale, lediglich an der Höhe (und Staffelung) des Schulgeldes orientierte Betrachtung entspricht weder dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck des Art. 7 IV 3 GG. Denn dieser gilt für private Ersatzschulen mit Schulgeldverpflichtung und solche, die nur ein geringes oder (wie in Rheinland-Pfalz und Nordrhein-Westfalen) gar kein Schulgeld erheben, gleichermaßen. Nur wenn die Zulassung in der Praxis unabhängig vom Einkommen der Eltern erfolgt, wird eine Sonderung der Kinder *durch die Genehmigung* der Ersatzschule nicht gefördert.

III. Umsetzung in den Landesgesetzen

Art. 7 IV 2 GG statuiert die Genehmigungsbedürftigkeit von Ersatzschulen und fügt hinzu: „diese unterstehen den Landesgesetzen“. Während ein Teil der Literatur dem Verweis auf die Landesgesetze keine eigenständige Bedeutung beimisst, wird von anderen aus der Norm mit guten Gründen ein *Regelungsauftrag* abgeleitet: Die Voraussetzungen des Art. 7 IV 3 GG seien imperfekt und bedürften der Konkretisierung durch landesrechtliche Vorgaben. Daher zielen die Normstruktur auf eine Koppelung der abschließend aufgeführten Genehmigungsvoraussetzungen mit der Aufgabe zur landesrechtlichen Konkretisierung.³⁵ Doch unabhängig davon, ob man einen solchen expliziten Regelungsauftrag annehmen mag, muss die Konkretisierung der Genehmi-

²⁴ Anderer Ansicht Wegrich, R&B 2015, 3 (12 f.), unter Bezugnahme auf VG Potsdam, Urt. v. 16.5.2014 – 12 K 2304/13, BeckRS 2014, 52657.

²⁵ Destatis/WZB (Hrsg.), Datenreport 2016, 178.

²⁶ Vgl. BVerwG, Urt. v. 21.12.2011 – 6 C 18/10, BeckRS 2012, 46370 Rn. 32; andernfalls wäre die von BVerfGE 90, 107 (119) = NVwZ 1994, 886 = NJW 1994, 2820 Ls., s. o., aufgestellte Grenze nicht mehr eingehalten.

²⁷ Siehe etwa VG Stuttgart, Urt. v. 2.2.2010 – 13 K 3238/09, BeckRS 2010, 47313.

²⁸ Vgl. OVG Bautzen, Urt. v. 2.3.2011 – 2 A 47/09, BeckRS 2011, 49425, 2. c.

²⁹ VGH Mannheim, Urt. v. 11.4.2013 – 9 S 233/12, BeckRS 2013, 50630.

³⁰ Jestaedt in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdBStR VII, 3. Aufl. 2009, § 156 Rn. 563; Badura in Maunz/Dürig, GG, Art. 7 Rn. 120 (Mai 2015).

³¹ Vgl. nur BVerfGE 90, 107 (119 f.) = NVwZ 1994, 886 = NJW 1994, 2820 Ls.

³² Vgl. Brake/Büchner, Bildung und soziale Ungleichheit, 2012, 90; Gomolla in Fürstenau/Gomolla (Hrsg.), Migration und schulischer Wandel: Elternbeteiligung, 2009, 21.

³³ BVerfGE 88, 40 (55) = NVwZ 1993, 666 = NJW 1993, 2599 Ls.; vgl. auch BVerfGE 75, 40 (64) = NJW 1987, 2359 = NVwZ 1987, 881 Ls.; aA Wegrich, R&B 2015, 3 (12 f.): Sonderungsverbot soll zurücktreten.

³⁴ Dazu Wißmann in Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), BK-GG, Art. 7 – III Rn. 233 (Mai 2015).

³⁵ So Wißmann in Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), BK-GG, Art. 7 – III Rn. 239 (Mai 2015) mwN unter Bezugnahme auf BVerwGE 17, 236 (238 f.); Richter in AK-GG, 3. Aufl., Art. 7 Rn. 59 (GW 2001); Jarass in Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 13. Aufl. 2014, Art. 7 Rn. 32; Badura in Maunz/Dürig, GG, Art. 7 Rn. 112 (Mai 2015); vgl. auch Robbers in v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG I, 6. Aufl. 2010, Art. 7 Rn. 220: „Ausgestaltungsvorbehalt des Staates“.

gungsvoraussetzungen in Art. 7 IV 3 und 4 GG aufgrund der damit verbundenen Beschränkung der Privatschulfreiheit dem Vorbehalt des Gesetzes unterfallen.³⁶ Nach der *Wesentlichkeitstheorie* des *BVerfG* hat der parlamentarische Gesetzgeber alle für die Grundrechtsausübung bedeutsamen Fragen selbst zu regeln; das gilt auch im Bereich der Privatschulfreiheit.³⁷ Der Vorbehalt des Gesetzes hat dabei zwei zentrale Schutzrichtungen: Zum einen geht es im Sinne des Gewaltenteilungsprinzips um die Wahrung der Entscheidungsmacht des unmittelbar demokratisch legitimierten Parlaments. Dieses darf die grundlegenden Entscheidungen „nicht dem Handeln und der Entscheidungsmacht der Exekutive“ überlassen.³⁸ Nur so kann auch ein gleichmäßiger rechtsstaatlicher Verwaltungsvollzug sichergestellt werden, der von den Gerichten als Organe der Judikative überprüft werden kann.³⁹ Zum anderen geht es um den Schutz der Grundrechtsträger vor staatlichen Eingriffen, die sich nicht ausreichend vorhersehbar auf eine allgemein geltende formell-gesetzliche Grundlage stützen lassen.⁴⁰ Daraus resultieren zugleich Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Regelungen.⁴¹

In Bezug auf den verfassungsrechtlichen Ausgleichsanspruch in Sachsen und Baden-Württemberg haben das *SächsVerfGH* und der *VerfGH BW* unter Anwendung der Wesentlichkeitstheorie eine konkretisierende landesgesetzliche Regelung über die zulässigen Schulgelder, die eine Ersatzschule erheben darf, für erforderlich gehalten. Schon mit Blick auf die Berechnung des verfassungsrechtlich geschützten staatlichen Förderanspruchs müsse der Landesgesetzgeber die zulässigen Schul- und Lernmittelgelder entweder

„selbst auf transparenter Grundlage ausweisen oder aber der Verwaltung aufgeben, den entsprechenden Wert nach bestimmten, ebenfalls transparent auszugestaltenden Verfahren zu bemessen. Diese Grenze muss den zuständigen Behörden zugleich als Orientierungspunkt für die Frage dienen, ob einer Ersatzschule die Genehmigung zu versagen oder zu entziehen ist, weil sie gegen das Sonderungsverbot ... verstößt.“⁴²

Zwar bezieht sich diese Rechtsprechung explizit darauf, dass in den genannten Ländern ein Ausgleichsanspruch für die Schulgeld- und Lernmittelfreiheit für private Ersatzschulen, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, ausdrücklich in den Landesverfassungen verankert ist (Art. 14 II 3 BWVerf., Art. 102 IV 2 SächsVerf.). Sie lässt sich aber für Ersatzschulen iSd Art. 7 IV GG verallgemeinern, da die (verfassungs-)rechtliche Untergrenze des Förderanspruchs maßgeblich davon abhängt, welche Einnahmen die Schulträger zulässigerweise erwarten können.⁴³ Für die privaten Schulträger müssen daher die Bedingungen und die Höhe der Beitragserhebung oder zumindest das Verfahren zu ihrer Ermittlung hinreichend transparent und vorhersehbar sein.

Diesen Anforderungen werden die landesrechtlichen Regelungen, einschließlich des *SächsFrTrSchulG* vom 8.7.2015, nicht gerecht. Während die in Art. 7 IV 3 und 4 GG ebenfalls genannten Voraussetzungen der wissenschaftlichen Ausbildung der Lehrkräfte und deren wirtschaftliche und rechtliche Stellung teilweise sehr detaillierte Konkretisierungen erfahren, finden sich in überhaupt nur drei Landesgesetzen Spezifizierungen in Bezug auf das Sonderungsverbot bzw. die Erhebung von Schulgeldern durch private Ersatzschulen. So bestimmt Art. 96 BayEUG, dass die Ersatzschulträger zur Einhaltung des Sonderungsverbots Beihilfen „in einem Umfang gewähren, der es auch einer für die Größe der Schule ... angemessenen Zahl finanziell bedürftiger Schülerinnen und Schüler ermöglicht, die Schule zu besuchen.“ Auch sei Erziehung und Unterricht so zu gestalten, dass „keine Unterscheidungen nach Herkunft, Stand, Einkommen und Vermögen der Eltern gemacht werden“. Nach Art. 47 III, IV BaySchFG wird Schülerinnen und Schülern staatlich anerkannter Ersatzschulen das Schulgeld bis zu einem Betrag von 102,50 Euro bzw. 71,75 Euro ersetzt. Das heißt, dass alle Schüler, die Schulgeld bezahlen müssen, dies bis zu dieser Grenze vom Staat ersetzt bekommen. Schulgelder, die darüber hinausgehen und in Bayern als rechtlich unbedenklich eingestuft werden, werden nicht ersetzt. Neben dem Ziel das Sonderungsverbot einzuhalten ist in der bayerischen Regelung daher eine zusätzliche indirekte Förderung von Privatschulen zu sehen.

Die Brandenburger Regelung in § 121 II Nr. 2 BbgSchulG bestimmt, dass der „Schulbesuch unabhängig von den wirtschaftlichen Verhältnissen der Eltern gewährleistet“ werden muss. Dies wird in § 5 IV der Ersatzschulgenehmigungsverordnung weiter dahin konkretisiert, dass ein

„sozial ausgewogenes Schulgeld erhoben wird, das jeder Schülerin und jedem Schüler unabhängig von ihren oder seinen wirtschaftlichen Verhältnissen den freien Zugang zur Ersatzschule ermöglicht.“

In Rheinland-Pfalz findet sich im Privatschulgesetz zwar keine über den Wortlaut des Art. 7 IV 3 GG hinausgehende Konkretisierung des Sonderungsverbots. Jedoch bestimmt § 28 II PrivSchG R-P, dass Ersatzschulen nur dann staatliche Förderung erhalten, wenn sie „kein Schulgeld oder sonstige Entgelte“ erheben. Da der kostendeckende Betrieb einer Ersatzschule ohne staatliche Förderung in der Regel unmöglich ist, wenn das Sonderungsverbot eingehalten werden soll,⁴⁴ ergibt sich daraus eine faktische Sperre für die Erhebung von Schulgeldern. Einen besonderen Fall stellt Nordrhein-Westfalen dar. Dort ist die Erhebung von verpflichtenden Elternbeiträgen zwar nicht untersagt. Art. 9 II 3 NRWVerf. bestimmt aber, dass Privatschulen berechtigt sind, zu Lasten des Staates auf die Erhebung von Schulgeld zu verzichten. Dem trägt die Finanzhilfe des Landes Rechnung, indem ein etwaiges Schulgeld im Ersatzschulhaushalt zu vereinnahmen ist und damit den Landeszuschuss entsprechend verringert, so dass sich die Erhebung von Schulgeld nicht lohnt.⁴⁵ Es wird daher oft von einer „faktischen Schulgeldfreiheit“ in Nordrhein-Westfalen gesprochen. Allerdings werden Beiträge für besondere Leistungen wie Hausaufgaben- oder Nach-

³⁶ Vgl. Wißmann in Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), BK-GG, Art. 7 – III Rn. 239 (Mai 2015); Badura in Maunz/Dürig, GG, Art. 7 Rn. 105 (Mai 2015).

³⁷ Vgl. ThürVerfGH, Urt. v. 21.5.2014 – VerfGH 13/11, BeckRS 2014, 23563; unter 4. a aa.

³⁸ BVerfGE 83, 130 (142) = NJW 1991, 1471 = NVwZ 1991, 663 Ls.; BVerfGE 116, 24 (58) = NVwZ 2006, 807 = NJW 2006, 2542 Ls.; stRspr.

³⁹ BVerfGE 110, 33 (54 f.) = NJW 2004, 2213 = NVwZ 2004, 1223 Ls.; BVerfGE 114, 1 (53 f.) = NJW 2005, 2363; stRspr.

⁴⁰ BVerfGE 56, 1 (12) = NJW 1981, 1311; BVerfGE 110, 33 (53 f.) = NJW 2004, 2213 = NVwZ 2004, 1223 Ls.; stRspr.

⁴¹ Zusammenfassend zur Rspr. Jarass in Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 13. Aufl. 2014, Art. 20 Rn. 57 ff.

⁴² SächsVerfGH, SächsVBl 2014, 83 (92) = NVwZ-RR 2014, 251 Ls. = BeckRS 2013, 58402; ebenso VerfGH BW, NVwZ 2015, 1382 Ls. = BeckRS 2015, 48651.

⁴³ Vgl., auch zu den zu erwartenden Eigenleistungen des Schulträgers, BVerfGE 90, 107 (117 ff.) = NVwZ 1994, 886 = NJW 1994, 2820 Ls.

⁴⁴ BVerfGE 75, 40 (63) = NJW 1987, 2359 = NVwZ 1987, 881 Ls.; BVerfGE 90, 107 (115) = NVwZ 1994, 886 = NJW 1994, 2820 Ls.; aA offenbar Boysen in v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG I, 6. Aufl. 2012, Art. 7 Rn. 92: Nur Träger mit bedeutenden Eigenleistungen sollen Ersatzschulen gründen können.

⁴⁵ Dies wird aber erst unterhalb von Gesetzen und Verordnung auf der Ebene einer Verwaltungsvorschrift klargestellt; s. Nr. 1.3.2 der Verwaltungsvorschriften zur Ausführung der Ersatzschulfinanzierungsverordnung (VVzFESchVO).

mittagsbetreuung nicht erfasst, womit sich von vornherein erhebliche Umgehungsmöglichkeiten ergeben.⁴⁶

In zumindest drei Bundesländern findet sich eine konkretisierende Regelung auf Verordnungsebene. So sieht § 17 V der Vollzugsverordnung zum PSchG B-W vor, dass „in einem angemessenen Umfang für minderbemittelte Schüler wirksame wirtschaftliche Erleichterungen hinsichtlich des Schulgeldes und der sonstigen im Zusammenhang mit dem Besuch der Schule entstehenden Kosten gewährt werden“ müssen. § 1 IV der Verordnung über Schulen in freier Trägerschaft von Sachsen-Anhalt sieht das Sonderungsverbot als gewährt,

„wenn von dem Schulträger Erleichterungen bezüglich des Schulgeldes oder Förderungen in einem Umfang gewährt werden, die es Schülerinnen und Schülern aus einkommensschwachen Verhältnissen ermöglichen, die Schule zu besuchen.“

In Berlin enthält § 98 XI Alt. 1 BlnSchulG eine Verordnungsermächtigung der zuständigen Senatsverwaltung zur Festlegung der Bedingungen, unter denen das Sonderungsverbot gewährt wird, von der allerdings bislang nicht Gebrauch gemacht worden ist. Insoweit gilt im Land Berlin die Zweite Durchführungsverordnung zum Privatschulgesetz vom 9.12.1959 fort, deren § 3 das Sonderungsverbot dann als erfüllt sieht, wenn „ein Zehntel des Schulgeldsolls zum vollen oder teilweisen Schulgelderlaß für Minderbemittelte zur Verfügung gestellt wird“, es genauer spezifizierte Ermäßigungen für Geschwisterkinder gibt und „minderbemittelten Schülern auch für besondere Anschaffungen, Umlagen und Beiträge Nachlaß oder Befreiung gewährt wird“.

Durch die mangelnden gesetzlichen Vorgaben scheint es in den meisten Ländern einen nahezu unbegrenzten Spielraum für die Verwaltungspraxis zu geben. Die Gesetze wiederholen dort nur den Wortlaut des Sonderungsverbots in Art. 7 IV 3 GG oder verweisen direkt auf diesen.⁴⁷ Damit werden die maßgeblichen Entscheidungen auf die Verwaltung und gegebenenfalls auf die Gerichte verlagert, wobei sich Letztere – sofern sie damit befasst werden – wie gesehen redlich um eine Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben bemühen. Davon kann in Bezug auf die Verwaltungspraxis nicht die Rede sein.

IV. Verfassungswidrige Verwaltungspraxis

Der Blick auf die Verwaltungspraxis der Länder zeigt ein sehr heterogenes Bild. So rangiert nach einer von uns durchgeführten Umfrage unter den Bundesländern die Praxis zwischen einem als zulässig angesehenen Schulgeld für den Halbtagsunterricht von durchschnittlich 170 Euro (Schleswig-Holstein) bis zu 300 Euro (Bayern⁴⁸).⁴⁹ Teilweise gibt es auch gar keine landesweit einheitlich vorausgesetzte Schulgeldhöhe. Es ist ebenso auffallend, dass die genannten Beträge bereits jenseits dessen liegen, was die Rechtsprechung als obere Grenze des durchschnittlichen Schulgeldes angesehen hat. Zudem wird anscheinend in den meisten Bundesländern eine einkommensgestaffelte Erhebung und die Erleichterung bzw. Befreiung für einkommensschwächere Familien nicht als zwingend angesehen. Zwar wird von allen Bundesländern davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen des Art. 7 IV 3 GG fortlaufend erfüllt sein müssen. Die Kontrolle im Rahmen der Schulaufsicht bezieht sich dann allerdings nur auf die jeweiligen Schulgeldregelungen.⁵⁰ Soweit erkennbar, wird in keinem Bundesland die tatsächliche Aufnahmepraxis der privaten Ersatzschulen auf die Einhaltung des Sonderungsverbots hin überprüft.

Diese Praxis ist nicht nur als Verstoß gegen Art. 7 IV GG anzusehen.⁵¹ Mittlerweile hat sie eine Spirale in Gang gesetzt, die das Sonderungsverbot auszuhöhlen droht. Das gilt dabei schon längst nicht mehr nur für *Internatsschulen*, die, wie in der Literatur festgestellt wird, „in der Regel Schulgelder in einer Höhe verlangen, die für Durchschnittsverdiener schlicht nicht zu finanzieren sind.“⁵² Mitunter versuchen diese Schulen zwar, dem Sonderungsverbot durch Vergabe von (Teil-)Stipendien Rechnung zu tragen, die in „begrenzter“ Anzahl zur Verfügung gestellt werden.⁵³ Indessen hat das *BVerfG* deutlich betont, dass derartige Stipendienregelungen für Einzelne den Vorgaben des Art. 7 IV 3 GG nicht genügen.⁵⁴

Mittlerweile hat sich aufgrund des Nicht-Vollzugs des Sonderungsverbots in den Ländern eine Reihe von privaten Ersatzschulen außerhalb des konfessionellen und reformpädagogischen Bereichs etabliert, die sich eine „Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern“ geradezu zum Programm gemacht haben. Die folgenden Beispiele aus Berlin sind uns bereits bei einer oberflächlichen Recherche ins Auge gestoßen und dürften daher nur die berühmte Spitze des Eisbergs zeigen. So erhebt die 2007 eröffnete *Berlin Cosmopolitan School* einkommensgestaffelte Beiträge iHv 135 Euro monatlich aufwärts; ab der 7. Klasse erhöht sich dieser Beitrag auf 140 Euro, wobei für das „obligatorische“ Nachmittagsprogramm nochmals 105 Euro zu zahlen sind, also insgesamt auf der „günstigsten“ (für alle Bruttoeinkommen bis 30.000 Euro geltenden) Stufe 245 Euro.⁵⁵ Weitere Ermäßigungen oder gar Befreiungen sind – neben den Stipendien „im begrenzten Umfang“ (s. o.) – nicht vorgesehen. Nahezu identisch ist die Beitragsordnung der *Berlin Metropolitan School*, die auf der Internet-Plattform *World's Luxury Guide* als Privatschule von „Schauspielern, Medienschaffenden und Unternehmern“ angepriesen wird.⁵⁶ Beide Schulen wurden vom Land Berlin als Ersatzschulen genehmigt.

⁴⁶ Vgl. etwa das Rundschreiben der Bezirksregierung Düsseldorf zu „Inhalt und Grenzen der staatlichen Schulaufsicht über private Ersatzschulen“ vom 1.6.2015 (dort 7.1.), http://www.brd.nrw.de/schule/privatschulen_sonstiges/pdf/AufsichtErsatzschulen.pdf (abgerufen 8.7.2016).

⁴⁷ § 5 I PSchG B-W; § 5 II Nr. 3 BremPrivSchG; § 6 II Nr. 2 HmbSfTG; § 171 III HSchG; § 120 I Nr. 2 MVSchulG; § 144 I 1 NSchG; § 101 I SchulG NRW; § 6 II Buchst. b PrivSchG R-P; § 7 I Buchst. b PrivSchG; § 5 I Nr. 2 SächsFrTrSchG; § 16 III Nr. 2 LSA SchulG; § 115 III Nr. 1 SchulG S-H; § 5 I Nr. 2 ThürSchFTG.

⁴⁸ In Bayern ist allerdings zu beachten, dass das Schulgeld nach dem BaySchFG zu einem gewissen Teil ersetzt wird, s. o.

⁴⁹ Die Umfrage unter den zuständigen Landesministerien wurde im Juni 2016 durchgeführt und dabei die Frage gestellt, wie dem Sonderungsverbot an Privatschulen rechtlich und verwaltungstechnisch Rechnung getragen wird. Von den 16 angeschriebenen Bundesländern haben bis auf Hessen alle geantwortet. Die Antworten können in tabellarischer Form auf der Webseite der WZW unter <https://www.wzb.eu/Sonderungsverbot-anhang> abgerufen werden.

⁵⁰ Ausdrückliche Regelungen enthalten bspw. § 5 XII 2 Nr. 4, XV ThürSchFTG, § 3 II Nr. 9 SächsFrTrSchulVO und § 16 VI LSA SchulG.

⁵¹ So bereits Richter in AK-GG, 3. Aufl., Art. 7 Rn. 59 (GW 2001).

⁵² Rux/Niehues, Schulrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 1178.

⁵³ Vgl. die Stipendienregelung des 1994 gegründeten Internatsgymnasiums Schloss Torgelow oder der Schule Schloss Salem, die von vornherein nur Teilstipendien vergeben und dabei einen Anteil der Eltern iHv 500 Euro monatlich voraussetzen; <http://www.schloss-torgelow.de/lagekost/stip/stip.htm>; <http://www.schule-schloss-salem.de/stipendien/stipendien/stipendienhoehe.html> (jeweils abgerufen 8.7.2016).

⁵⁴ BVerfGE 75, 40 (63) = NJW 1987, 2359 = NVwZ 1987, 881 Ls.; BVerfGE 90, 107 (119) = NVwZ 1994, 886 = NJW 1994, 2820 Ls.; stRspr, dazu Brosius-Gersdorf in Dreier (Hrsg.), GG I, 3. Aufl. 2013, Rn. 124.

⁵⁵ BCS Gebührenordnung Schuljahr 2016/2017; <http://www.cosmopolitanschool.de/wp-content/uploads/2016/01/Geb%C3%BChrenordnung-2016-2017.pdf> (abgerufen 8.7.2016).

⁵⁶ <http://luxus.welt.de/business/bildung-internat-privatschulen-universitaeten-business-schools/metropolitan-school> (abgerufen am 8.7.2016).

Sie werden jeweils von gemeinnützigen Trägern in Form einer gGmbH betrieben und erhalten damit – zusätzlich zu den weit überhöhten Schulgeldern – sämtliche staatliche Fördermittel für private Ersatzschulen, nach § 101 II 4 BlnSchulG sogar ohne Abzug.⁵⁷ Bereits nach ihrem Konzept, ihrer Außendarstellung sowie den erhobenen Schulgeldern hätten beide Schulen bei Beachtung des Art. 7 IV 3 GG von vornherein nicht genehmigt werden dürfen.

Es zeigt sich an diesen Beispielen auch, dass der in vielen Landesgesetzen für staatliche Förderleistungen vorgesehene *Gemeinnützigkeitsvorbehalt*⁵⁸ für die Einhaltung des Sonderungsverbots keine echte Bedeutung hat. Denn er schließt lediglich aus, dass Schulträger gegründet werden, die als solche auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind. Die jeweiligen Vereine oder gGmbHs werfen hingegen selbst zwar keinen Gewinn ab, können aber für das angestellte Lehr- und sonstige Personal sowie die Geschäftsführung selbstredend überaus lukrative Arbeitgeber sein; eine bloß pädagogische und nicht (auch) monetäre Zielrichtung des Betriebs wird durch das Gemeinnützigkeitserfordernis folglich gerade nicht sichergestellt. Schon gar nicht wird damit eine einkommensabhängige Sonderung der Schüler ausgeschlossen.

Besonders besorgniserregend ist, dass die verfassungswidrige Verwaltungspraxis in Bezug auf das Sonderungsverbot mittlerweile sogar auf die (einstmals) als sozial engagiert angetretenen Reformschulen zurückwirkt, wie folgendes Beispiel, wiederum aus dem Land Berlin, verdeutlicht: So erhebt die *Freie Waldorfschule Berlin-Kreuzberg*, einem Bezirk, in dem über 40 Prozent der dort lebenden unter 15-jährigen als Hilfsbedürftige Leistungen nach SGB II beziehen,⁵⁹ einkommensgestaffelte Schulgebühren von 110 Euro monatlich aufwärts. Der Mindestsatz für Empfänger von ALG II sowie Inhaber des Berlinpasses beträgt dabei eben jene 110 Euro ohne weitere Ermäßigung oder Befreiung.⁶⁰ Der Ansatz für Bildungsausgaben im Regelsatz des SGB II beträgt im Vergleich 1,54 Euro pro Monat.⁶¹ Dass die Ersatzschule in Kreuzberg – entgegen der allgemeinen Grundsätze der Waldorf-Schulen – eine derartig offensichtliche soziale Sonderung ihrer Schülerschaft betreibt, mag erklärbar sein; die Tolerierung (oder vollständige Ignorierung) dieser Praxis durch die zuständigen Aufsichtsbehörden ist hingegen verfassungswidrig.

Dass die Verwaltungspraxis den gesetzlichen Vorgaben nicht entspricht, kann auch am Beispiel Hamburg belegt werden: Obwohl die zuständige Behörde ein Schulgeld in Höhe von bis zu 200 Euro für zulässig hält,⁶² wird im gleichen Dokument darauf verwiesen, dass 11 Ersatzschulen (rund 20 Prozent aller Ersatzschulen) ein Schulgeld von über 200 Euro erheben und von den neu genehmigten Ersatzschulen dies auch auf 16 Prozent der Ersatzschulen zutrifft.⁶³

V. Empirische Befunde zur sozialen Selektivität der Privatschulen

Dass das Sonderungsverbot nach den Besitzverhältnissen schon in den rechtlichen Bestimmungen und der Verwaltungspraxis nicht eingehalten wird, spiegelt sich in den empirischen Studien der Bildungswissenschaft. Auch der aktuelle nationale Bildungsbericht weist auf einen „sozial selektiven Zugang zu Privatschulen [hin], der sich insbesondere in Ballungsräumen andeutet“.⁶⁴ Angesichts der zum Beleg referierten Daten⁶⁵ kann diese Aussage als äußerst zurückhaltend bezeichnet werden.

Nach dem Einkommen der Eltern gestaffelt zeigt sich für Gesamtdeutschland auf Basis des sozioökonomischen Panels, dass Eltern, die weniger als 75 Prozent des Medianeinkommens (bedarfsgewichtetes Haushalts-Nettoeinkommen) oder zwischen 75 und 150 Prozent des Medianeinkommens zur Verfügung haben, zu 6,9 Prozent auf Privatschulen zu finden sind. Kinder, deren Eltern über ein Einkommen von über 150 Prozent des Medianeinkommens verfügen, finden sich zu 11 Prozent auf den Privatschulen und damit 1,6-mal so oft.⁶⁶ Nach dieser Betrachtung gibt es also keine Unterschiede beim Privatschulbesuch von Kindern aus unteren und mittleren Einkommensschichten. Kinder aus hohen Einkommensschichten finden sich hingegen deutlich häufiger auf Privatschulen. Noch deutlicher werden die sozialen Unterschiede beim Privatschulbesuch, wenn man den beruflichen Status der Eltern betrachtet. Kinder, deren Eltern aus den sozial höheren Berufsgruppen (nach so genanntem ISEI-Index) stammen – wie zB Ärzte, Ingenieure, Lehrer oder Professoren –, befinden sich zu 14,3 Prozent auf Privatschulen. Kinder von Eltern aus den niedrigeren Berufsgruppen, wie zB Industriebearbeiter, Taxi-Fahrer oder Reinigungskräfte, befinden sich nur zu 3,5 Prozent auf Privatschulen und damit viermal seltener als erstgenannte Berufsgruppen.⁶⁷ Der Einfluss des sozialen Status auf den Privatschulbesuch hat dabei, vor allem im Hinblick auf den Sekundarschulbesuch, in den letzten Jahren weiter zugenommen.⁶⁸ So sind beispielsweise die Privatschulbesuchsquoten von Kindern, bei denen mindestens ein Elternteil ein Abitur hat, allein zwischen 1997 und 2007 um 77 Prozent angestiegen. Bei Kindern, bei denen ein Elternteil die mittlere Reife besitzt, stieg die Quote dagegen nur um 1,9 Prozent an und bei Kindern, deren Eltern höchstens einen Hauptschulabschluss haben, um 11,6 Prozent.⁶⁹

Wie hoch das Ausmaß sozialer Ungleichheit beim Privatschulbesuch ist, kann an einer Erhebung zum Berliner Schulsystem gezeigt werden (Tabelle 1). Die Verf. konnten auf Daten zu allen Schülern im Land Berlin zurückgreifen, für die angegeben war, ob sie Lernmittelbeihilfe erhalten. Lernmittelbeihilfe (Lmb), die unter anderem für Schüler bzw. deren Erziehungsberechtigte gewährt wird, die Leistungen zum Lebensunterhalt nach SGB II, SGB XII oder

⁵⁷ Insofern trifft die Bemerkung von Thiel in Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2014, Art. 7 Rn. 70, die übliche Anrechnung des Schulgeldes auf den Staatszuschuss führe praktisch zur „Sinnlosigkeit“ von Schulgebühren, nicht zu. Das ist, wie gezeigt, nur in Nordrhein-Westfalen der Fall.

⁵⁸ Dazu ausführlich Avenarius in ders./Pieroth/Barczak (Hrsg.), Die Herausforderungen des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen – eine Kontroverse, 2012, 17 (61 ff.).

⁵⁹ Senatsverwaltung für Gesundheit und Soziales (Hrsg.), Handlungsorientierter Sozialstrukturatlas Berlin, 2013, 141.

⁶⁰ Beitragstabelle der Freien Waldorfschule Kreuzberg, gültig ab 1.4.2013; http://www.waldorfschule-kreuzberg.de/wp-content/uploads/2013/08/Beitragstabelle-Stand-2013_04-und-Einstufungshilfe-Stand-2013.pdf (abgerufen 8.7.2016).

⁶¹ Zudem sind Ausgaben für Schulgeld darin gar nicht berücksichtigt.

⁶² Bürgerschaft der Freien Hansestadt Hamburg, Drucksache 19/598: Schriftliche Kleine Anfrage des Abgeordneten Ties Rabe (SPD) v. 23.6.2008 und Antwort des Senats, 3.

⁶³ Ebd., 2 ff.

⁶⁴ Autorengruppe Bildungsberichterstattung, Bildung in Deutschland 2016, 99.

⁶⁵ Ebd., 260.

⁶⁶ Lohmann/Spieß/Feldhaus, Der Trend zur Privatschule geht an bildungsfernen Eltern vorbei. Wochenbericht des DIW Berlin Nr. 38/2009, 643.

⁶⁷ Ebd., 643.

⁶⁸ Lohmann/Spieß/Feldhaus, Der Trend zur Privatschule geht an bildungsfernen Eltern vorbei. Wochenbericht des DIW Berlin Nr. 38/2009, 645; Jungbauer-Gans/Lohmann/Spieß in Solga/Becker (Hrsg.), Soziologische Bildungsforschung. Sonderband der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie. Sonderheft 1952, 64.

⁶⁹ Lohmann/Spieß/Feldhaus, Der Trend zur Privatschule geht an bildungsfernen Eltern vorbei. Wochenbericht des DIW Berlin Nr. 38/2009, 644.

Wohngeld nach WoGG erhalten, ist dabei ein idealer Indikator, um das Ausmaß sozial benachteiligter Schüler an einer Schule messen zu können, da er die Einkommensarmut in Anlehnung an einen relativen Armutsbegriff misst.⁷⁰ Besonders an der Erhebung ist, dass dabei die Schulen Berlins sehr differenziert betrachtet wurden. So gibt es in Berlin seit dem Schuljahr 2010/11 Integrierte Sekundarschulen (ISS), an denen alle Schulformen unterhalb des Gymnasiums zusammengefasst wurden, mit dem Anspruch, das Abitur auch auf dieser Schulform erwerben zu können. Allerdings haben tatsächlich nicht alle ISS eine gymnasiale Oberstufe. Dementsprechend wurden jeweils öffentliche und private ISS verglichen, die entweder eine gymnasiale Oberstufe haben oder nicht. Zudem gibt es in Berlin die Eigenheit, dass die Gymnasien nach der sechsjährigen Grundschule grundsätzlich erst mit Klasse 7 beginnen sollen. Allerdings gibt es neben diesem Grundmodell auch so genannte „grundständige Gymnasien“, die bereits ab Klasse 5 starten. Auch hier wurden die normalen privaten und öffentlichen Gymnasien als auch ihre grundständigen Pendanten miteinander verglichen.

Aus Tabelle 1 geht hervor, dass der Anteil von Schülern mit Lmb in allen schulformspezifischen Konstellationen deutlich höher ist als an Privatschulen. Im Primarschulbereich ist ihr Anteil an öffentlichen Schulen 3,3-mal höher als an Privatschulen. An den Sekundarschulformen ist ihr Anteil an öffentlichen Schulen zwischen 1,8 und 5,1-mal so hoch wie auf den jeweils vergleichbaren Privatschulen. Betrachtet man den Indikator ‚Kinder mit Lmb‘ als ein Maß für die relative Armut von Kindern, muss man festhalten, dass die Schülerinnen und Schüler an den Berliner Schulen nach den Besitzverhältnissen ihrer Eltern gesondert sind.

Tabelle 1: Anteil von Lernmittelbefreiten Schülern in den öffentlichen und privaten Schulen Berlins für das Schuljahr 2014/15 in Prozent

Schulform	Öffent- lich	Pri- vat	Ver- hältnis Öffent- lich zu Privat
Grundschule	28,06	8,48	3,3
Integrierte Sekundarschule ohne gymnasialer Oberstufe	51.71	10.- 97	4,7
Integrierte Sekundarschule mit gymnasialer Oberstufe	34,06	10.- 62	3,2
Gymnasien die mit Klasse 7 beginnen	20.45	11.- 09	1,8
Grundständiges Gymnasien die mit Klasse 5 beginnen	12.16	2.38	5,1

Anmerkung: In den Grundschulen beziehen sich die Zahlen auf die Drittklässler, in den weiterführenden Schulen auf die Siebtklässler.

Darüber, ob das Ausmaß sozialer Ungleichheit beim Privatschulbesuch in Berlin im Bundesländervergleich besonders hoch ist, kann nur spekuliert werden. Vergleichbare Daten, anhand derer man die sozial ungleiche Verteilung von Schülern auf alle Schulen des Landes analysieren kann, existieren unseres Wissens außer in Berlin nur in den Bundesländern, in denen keine allgemeine Lernmittelfreiheit gilt. Bisher wurden diese Daten allerdings nicht genutzt, um die Einhaltung des Sonderungsverbots an Privatschulen zu überprüfen. In allen anderen Bundesländern fehlt eine geeignete Datenbasis, auf deren Grundlage man prüfen kann, inwieweit das Sonderungsverbot auf Privatschulen eingehalten wird.⁷¹

VI. Das missachtete Sonderungsverbot

Wie wir in diesem Beitrag zeigen konnten, wird dem Sonderungsverbot nach Art. 7 IV 3 GG im Landesrecht als auch in der Verwaltungspraxis kaum Beachtung geschenkt. Die überwiegende Mehrzahl der Bundesländer hat das Sonderungsverbot – anders als die weiteren Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 IV 3, 4 GG – nicht in eigenen Landesgesetzen konkretisiert. Dem Regelungsauftrag des Art. 7 IV 2 GG wird damit ebenso wenig entsprochen wie dem Wesentlichkeitsgrundsatz, der wegen der Beschränkung der Privatschulfreiheit eingreift. Für die Genehmigungsbehörden, aber auch für die Ersatzschulträger, ist nicht hinreichend erkennbar, welche Schulgelder und sonstige Beiträge der Eltern unter welchen Bedingungen in Übereinstimmung mit Art. 7 IV 3 GG erhoben werden dürfen (oder nach welchem Verfahren dies zu ermitteln ist).⁷²

Die gesetzliche „Nicht-Regelung“ fordert eine uneinheitliche Verwaltungspraxis geradezu heraus. Wie gezeigt wurde, werden die vom BVerfG und den Fachgerichten entwickelten Vorgaben in der Verwaltungspraxis nicht beachtet. Von neun Grundsätzen, die sich mit Blick auf die bisherige Rechtsprechung aufstellen lassen, um eine möglichst effektive Einhaltung des Sonderungsverbots zu gewährleisten (s. Tabelle 2), erfüllt allein Rheinland-Pfalz zumindest fünf. Einige Bundesländer beachten in ihrer Verwaltungspraxis keine dieser Vorgaben.

Tabelle 2: Einhaltung von Grundsätzen, die mit Blick auf eine effektive Umsetzung und Kontrolle des Sonderungsverbots erfüllt sein sollten, in den Bundesländern

	1	2	3	4	5	6	7	8	9
Bayern	X	X	T	-	-	-	-	-	-
Baden- Württem- berg	-	X	-	X	O	-	-	-	-
Berlin	-	X	-	-	T	-	-	-	T
Branden- burg	X	-	-	-	-	-	-	-	-
Bremen	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Hamburg	-	-	T	X	T	-	-	-	-
Hessen	-	O	O	O	O	-	-	-	-
Mecklen- burg-Vor- pommern	-	-	-	-	-	-	-	-	O
Nieder- sachsen	-	-	-	X	-	-	-	-	T
Nordrhein- Westfalen	X	X	X	X	X	-	-	-	-
Rheinland- Pfalz	X	X	X	X	X	-	-	-	T

⁷⁰ Hauser, Das Maß der Armut: Armuts Grenzen im sozialstaatlichen Kontext. Der sozialstatistische Diskurs in Huster/Boeckh/Mogge-Grotjahn (Hrsg.), Handbuch Armut und soziale Ausgrenzung, 2008, 94 ff.
⁷¹ Zu der in BVerfGE 34, 165 (184) = NJW 1973, 133, begründeten Pflicht der Schulgesetzgeber, ihre Entscheidungen unter Berücksichtigung der Bildungsforschung zu treffen, s. Cremer in IfBB (Hrsg.), Selektion und Gerechtigkeit in der Schule, 2012, 79 (81).
⁷² Vgl. SächsVerfGH, SächsVBl 2014, 83 (92) = NVwZ-RR 2014, 251 Ls. = BeckRS 2013, 58402; VerfGHBW, Urt. v. 6.7.2015 – 1 VB 130/13, BeckRS 2015, 48651.

Saarland	-	X	-	X	-	-	-	-	T
Sachsen	-	-	X	-	-	-	-	-	-
Sachsen-Anhalt	-	X	-	-	-	-	-	-	T
Schleswig-Holstein	-	-	X	-	-	-	-	-	-
Thüringen	-	-	-	-	-	-	-	-	-

Quellen: Landesgesetze, Verordnungen und Durchführungsvorschriften in den Ländern, sowie eine Anfrage an alle Kultus- bzw. Schulministerien der Bundesländer. Dabei ging nur aus Hessen keine Antwort ein.

X = Vorgabe erfüllt; T = Vorgabe in Teilen erfüllt; O = Unklar ob Vorgabe erfüllt = Vorgabe nicht erfüllt.

1. Landesgesetzliche Regelung des Sonderungsverbots, die über den Wortlaut des Art. 7 IV 3 GG hinausgehen.
2. Transparente Konkretisierung des Sonderungsverbots in Gesetzen, Verordnungen oder Verwaltungsvorschriften.
3. Höchstgrenze des durchschnittlichen Schulgeldes und sonstiger Beiträge (bzw. Festlegung eines transparenten Verfahrens zur Ermittlung dieser Höchstgrenze).
4. Einkommensstaffelung der Beiträge zwingend vorgeschrieben.
5. Befreiung von Beiträgen für Geringverdiener/Hilfsempfänger nach SGB II, XII.
6. Kontrolle der Aufnahmepraxis.
7. Aufsicht über die fortlaufende Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen/Monitoring-System im Sinne dieser Vorgaben.
8. Vergleich der sozialen Zusammensetzung der Schüler auf den Privatschulen mit der sozialen Zusammensetzung auf den öffentlichen Schulen.
9. Geeignete Datenbasis vorhanden, die Aufschluss über soziale Zusammensetzung der Schüler an Privatschulen im Vergleich zur Schülerschaft an öffentlichen Schulen gibt.

Ob es *allein* die verfassungswidrige Verwaltungspraxis ist, die zu einer Spaltung nach den Besitzverhältnissen der Eltern zwischen öffentlichen und privaten Schulen führt, bleibt nach unseren Erkenntnissen insoweit offen, als es in der Bildungsforschung bisher völlig unbeantwortet ist, in welchem Umfang die sozialen Ungleichheiten beim Privatschulbesuch angebots- oder nachfragegetrieben sind. Das heißt, wählen Eltern aus sozial benachteiligten Familien seltener private Schulen aus oder werden sozial benachteiligte Familien eher von Privatschulen abgewiesen? Dass diese Frage nicht beantwortet werden kann, liegt nicht zuletzt daran, dass kein Bundesland die Aufnahmepraxis an Privatschulen effektiv kontrolliert. Einen wichtigen Hinweis gibt der von den *Verf.* an anderer Stelle durchgeführte Vergleich zwischen den Bundesländern Berlin, dessen Verwaltungsvollzug besonders mangelhaft ist, und Rheinland-Pfalz, das, wie gesehen, eine faktische Schulgeldfreiheit an privaten Ersatzschulen hat: Im Vergleich mit den öffentlichen Schulen ist die soziale Selektivität mit Blick auf lernmittelbefreite Kinder in Rheinland-Pfalz erheblich geringer als in Berlin, aber immer noch signifikant.⁷³

Die Einhaltung des Sonderungsverbots ist für private Ersatzschulen eine Genehmigungsvoraussetzung, die fortlaufend erfüllt sein muss. Es wäre für die Verwaltung dabei ohne großen Aufwand möglich, eine effektive Kontrolle des Sonderungsverbots mit Blick auf die etwa 5800 allgemeinbildenden und beruflichen Ersatzschulen in Deutschland zu gewährleisten. Hierzu wäre es einerseits notwendig, die jeweiligen Schulgeldregelungen auf ihre Vereinbarkeit mit den von der Rechtsprechung aufgestellten Vorgaben hin (s. o. unter II.) regelmäßig und vor allem *effektiv* zu überprüfen. Andererseits müsste eine regelmäßige Kontrolle der Einhaltung des Sonderungsverbots in Bezug auf die soziale Zusammensetzung der Schülerschaft im Vergleich mit den öffentlichen Schulen stattfinden.

Viele Ersatzschulen im allgemeinbildenden Bereich erheben, soweit zulässig, Schulgelder. Da, wie gezeigt, die Einkommensstaffelung der Schulgelder bzw. die Befreiung für Geringverdiener verfassungsrechtlich zwingend ist, müssen die Schulträger das Einkommen der Eltern erfragen, was sie im Übrigen auch regelmäßig – in der Regel sogar unter Vorlage der Einkommenssteuerbescheide – tun. Das heißt, diese Schulträger verfügen regelmäßig bereits über die entsprechenden Informationen, die Auskunft über eine Sonderung ihrer Schülerschaft geben. Hier müssten lediglich im Landesrecht entsprechende Auskunftspflichten des Schulträgers gegenüber der Aufsichtsbehörde statuiert werden, die eine schuljahresbezogene Kontrolle – und zwar durch schlichte Übermittlung der (anonymisierten) Einkommensdaten, auf deren Grundlage die gestaffelten Schulgelder erhoben werden – ermöglichen. In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung wird zu Recht angemerkt, dass eine derartige eingeschränkte und zweckgebundene Offenlegung der Einkommensverhältnisse der Eltern, zumal in anonymisierter Form, ohne Weiteres zumutbar ist.⁷⁴ Von privaten Ersatzschulen, die – wie in Rheinland-Pfalz – keine Schulgelder erheben, könnten zumindest Auskünfte über den Anteil der lernmittelbefreiten oder auf staatliche Hilfe angewiesenen Schüler oder doch zumindest die Vorlage von konkreten Angaben verlangt werden, wie dem Sonderungsverbot in der Aufnahmepraxis Rechnung getragen wird.

Als Konsequenz einer fortlaufenden Nichtbeachtung des Sonderungsverbots ist, wie die Rechtsprechung wiederholt betont hat, die Genehmigung zwingend zu versagen oder – nach entsprechender Androhung und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – zu entziehen.⁷⁵ Die gegenwärtige Verwaltungspraxis ignoriert diese verfassungsrechtlichen Vorgaben teilweise in einer Weise, die unseres Erachtens als „Missachtung“ bezeichnet werden muss. Dies ist nicht nur aus rechtsstaatlicher Sicht besorgniserregend, sondern fördert eine Entwicklung, welche die ohnehin problematische soziale Segregation in den Schulen⁷⁶ weiter forciert.

⁷³ Helbig/Wrase, Privatschulen und soziale Frage, Beitragsmanuskript 2016, zur Veröffentlichung eingereicht.

⁷⁴ VGH Mannheim, Urt. v. 11.4.2013 – 9 S 233/12, BeckRS 2013, 50630.

⁷⁵ BVerfGE 75, 40 (64) = NJW 1987, 2359 = NVwZ 1987, 881 Ls.; BVerfGE 88, 40 (55) = NVwZ 1993, 666 = NJW 1993, 2599 Ls.; BayVerfGH, Entsch. v. 9.10.2007 – Vf. 14-VII/06, BeckRS 39982, 4.b.

⁷⁶ Vgl. Kersten, DÖV 2007, 50.